Image not found or type unknown

Interdiction de gérer et obligation de coopération du dirigeant

Actualité législative publié le **31/03/2014**, vu **3786 fois**, Auteur : Laurent LATAPIE Avocat

Cet arrêt revient sur l'obligation de coopération du dirigeant d'une entreprise ne liquidation judiciaire, et rappelle ô combien la sanction du chef d'entreprise ne peut se faire sur la simple base de présomptions.

Il convient de s'intéresser à un arrêt qui a été rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 2 février 2012 n°201276 par la 8ème Chambre.

Dans cet arrêt, la cour d'appel rappelle que le dirigeant doit coopérer avec les organes de la procédure, notamment en fournissant les informations nécessaires sur ces créanciers. Il ne peut se retrancher derrière ses conseillers pour s'exonérer de sa responsabilité.

Il n'est en effet pas rare que, lorsque la liquidation judiciaire a été prononcée, et nonobstant le fait que, le chef d'entreprise soit le dirigeant ou le gérant d'une société à responsabilité limitée, ou bien encore que, ce dernier exploite à titre personnel, que face à l'insuffisance d'actif non négligeable, ce dernier se retrouve poursuivi aux fins d'interdiction de gérer.

La pratique veut, à bien des égards, et alors même que ce n'est pourtant pas un critère fixé par la loi, tant sur les articles relatifs à la faillite personnelle que sur l'interdiction de gérer, que l'insuffisance d'actif soit un véritable moteur psychologique avant de solliciter une sanction d'interdiction de gérer ou de faillite personnelle, à l'encontre du chef d'entreprise.

Cette question est alors abordée avant la clôture pour insuffisance d'actif qui a pour effet de purger l'intégralité du passif qui a vocation à disparaître, et pour lesquels les créanciers ne peuvent récupérer leur droit de poursuite individuelle.

Dès lors, le mandataire judiciaire à qui on susurre légèrement à l'oreille, dans le cadre de cette intimité judiciaire pouvant exister entre les juges consulaires et les organes de la procédure, qu'une sanction serait la bienvenue en l'état d'un passif important et au titre d'un prétendu ordre public économique, que le Procureur de la République ne manque pas de défendre bec et ongle.

En effet, le mandataire judiciaire établi un rapport en visant un certain nombre de sanctions qu'il tente de qualifier, et ce rapport est ensuite transmis au Procureur de la République, qui en l'état, va bien souvent reprendre les mêmes griefs parfois avec une motivation identique au mot près pour engager la responsabilité du dirigeant et le chercher sur le terrain de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer.

Ainsi l'article L653-5 du code du commerce prévoit que,

« **Article L653-5**

- Créé par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 – art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er

janvier 2006 sous réserve art. 190
- Créé par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 – art. 136 JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190

Le tribunal peut prononcer la faillite personnelle de toute personne mentionnée à l'article L. 653-1 contre laquelle a été relevé l'un des faits ci-après :

1° Avoir exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;

2° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;

3° Avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ;

4° Avoir payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;

5° Avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement ;

6° Avoir fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables. »

La faillite personnelle se distingue de l'interdiction de gérer.

Sur le terrain de la philosophie juridique, l'approche est distincte, l'interdiction de gérer vise à écarter un dirigeant qui a du mal à gérer, alors que la faillite personnelle a pour but d'écarter le dirigeant de mauvaise foi, malveillant, qui a exploité au détriment de ses créanciers, de ses fournisseurs, de ses clients, et de la concurrence.

L'un de ces critères, qui est un des apports de la loi du 26 juillet 2005, qui est de prévoir une sanction dans l'hypothèse où, le dirigeant s'abstient volontairement de coopérer avec les organes de la procédure et fait ainsi obstacle à son bon déroulement.

Ce 5ème cas de l'article L653-5 qui a été introduit avec la loi de sauvegarde, permet de condamner plus facilement chaque entreprise qui refuse par exemple de collaborer en présentant leurs documents comptables.

Les obligations de coopération imposées par le législateur est personnel au dirigeant.

Dès lors, le dirigeant poursuivi ne peut s'exonérer de sa responsabilité en se défaisant sur, ce qui n'est pas rare, l'avocat ou l'expert comptable.

En l'espèce, à la suite d'une liquidation judiciaire d'une entreprise, le dirigeant avait été poursuivi par le Procureur de la République de Draguignan, afin d'obtenir une mesure de faillite personnelle et interdiction de gérer en se fondant sur plusieurs fautes qui ont été mises en exergue et révélées par le mandataire liquidateur, et dont notamment la fameuse question de l'absence de coopération.

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés

Dans son rapport, le mandataire liquidateur dénonce effectivement la défaillance totale de ce chef d'entreprise dès l'ouverture de la procédure collective.

C'est dans ces circonstances que, le mandataire reprochait notamment au dirigeant de ne s'être jamais présenté, n'avoir jamais déféré aux convocations du liquidateur, n'avoir tenu ni présenté aucune comptabilité, n'avoir pas remis de liste des créanciers.

Ce constat, caractérisant dès lors, un obstacle au bon déroulement de la procédure, a déclenché les poursuites du parquet, justifié le rapport du mandataire liquidateur et les poursuites diligentées par le Procureur de la République.

C'est dans ces circonstances que le Tribunal de Commerce de Draguignan, par jugement du 10 novembre 2009, a condamné le dirigeant à une mesure d'interdiction de gérer d'une durée de 8 ans, avec exécution provisoire.

Le dirigeant a fait appel.

L'arrêt précise alors que le dirigeant qui demeure au Luxembourg n'a pas déféré aux convocations qui lui ont été adressées, et a seulement fait parvenir au mandataire judiciaire le questionnaire rempli, qui lui avait été envoyé en précisant que les difficultés de la société provenaient d'un litige fiscal, qui a donné ordre à son expert comptable et à son avocat de remettre les pièces du dossier du redressement fiscal.

Cette attitude démontre une absence de volonté de coopérer avec les organes de la procédure.

La cour précise en outre que « *Monsieur X n'a pas remis la liste des créanciers de la société, n'a pas invoqué utilement l'argument, selon laquelle, l'un d'eux à l'origine de l'ouverture de la procédure était parfaitement connus* ».

C'est dans ces circonstances que la Cour d'appel confirmait la mesure d'interdiction de gérer et réduisait par contre son quantum à 6 ans.

Il convient de s'intéresser à la notion même de l'absence de coopération du dirigeant qui est facilement mise en avant par le mandataire judiciaire.

Il est vrai que l'article L653-5 du code du commerce prévoit la possibilité de prononcer une mesure de faillite personnelle contre celui, qui, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure fait obstacle à son bon déroulement.

Toutefois il importe de préciser que ce texte est assez large, et il peut viser l'absence de communication tout comme la communication tardive des pièces utiles à la mission des organes de la procédure collective.

La jurisprudence ne manque pas de souligner que cette absence de coopération et de communication peut englober l'absence de remise de comptabilité, la liste des salariés licenciés, et tout élément permettant au liquidateur de procéder au recouvrement du compte client.

Toutefois, il convient de rappeler que c'est une faute, que celle-ci est naturellement faite postérieurement à l'ouverture de la procédure et qu'elle doit être volontaire et suffisamment grave pour caractériser l'entrave au bon déroulement de la procédure.

Ainsi de simples négligences ne peuvent à mon sens entrer dans cette catégorie de faute.

Bien plus, le mandataire judiciaire ne peut se retrancher derrière une prétendue présomption de

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés

responsabilité, au motif pris que le dirigeant ne s'est pas présenté, car il lui appartient malgré tout de démontrer, en premier lieu, que celui-ci a manifesté un certain nombre de demandes qui seraient restées vaines afin de démontrer, notamment, le caractère volontaire de l'abstention.

Il appartient alors de démontrer que, l'abstention n'est pas significative dans le cadre de la procédure collective.

En effet, la seule absence de coopération du dirigeant, ne permet pas de caractériser suffisamment la responsabilité du dirigeant.

Il appartient quand même au mandataire judiciaire et au Procureur de la République, qui prend pour lui ces écritures, de soutenir par voie de supputation et de présomption, les manquements du dirigeant au titre de son devoir de coopération.

Il appartient au mandataire judiciaire et au Procureur de la République de démontrer que le mis en cause a bien été informé de ses obligations à la matière et il appartient au mandataire de justifier des lettres types qui seraient adressées par ce dernier avec des doubles de courrier, des justificatifs de recommandés avec accusé de réception.

Pareillement, le mandataire judiciaire a la possibilité de solliciter du Procureur de la République que ce dernier fasse des investigations par le biais des forces de l'ordre afin que celui-ci localise le dirigeant, le retrouve et l'invite à se présenter devant le mandataire judiciaire.

Enfin, il appartient également au mandataire judiciaire de démontrer que le dirigeant aurait été de mauvaise foi et qu'il n'aurait pas remis aux organes de la procédure collective, au titre de cette prétendue mauvaise foi, les renseignements qu'il est tenu de communiquer en application de l'article L122-6 dans un délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture.

Il convient de rappeler que l'article L622-6 prévoit que le dirigeant doit remettre les documents suivants :

Article L622-6

- Modifié par LOI n°2013-100 du 28 janvier 2013 – art. 22

Dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent. Cet inventaire, remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, est complété par le débiteur par la mention des biens qu'il détient susceptibles d'être revendiqués par un tiers. Le débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée y fait en outre figurer les biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines et dont il est susceptible de demander la reprise dans les conditions prévues par l'article L. 624-19.

Le débiteur remet à l'administrateur et au mandataire judiciaire la liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours. Il les informe des instances en cours auxquelles il est partie.

L'administrateur ou, s'il n'en a pas été nommé, le mandataire judiciaire peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés

renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation patrimoniale du débiteur.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'inventaire est dressé en présence d'un représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève. En aucun cas l'inventaire ne peut porter atteinte au secret professionnel si le débiteur y est soumis.

L'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article.

La communication concerne en effet la liste des créanciers, le montant de ses dettes et des principaux contrats en cours ainsi que la mention des biens qu'il tient et qui sont susceptibles de faire l'objet d'une revendication. Le dirigeant doit également renseigner le mandataire judiciaire sur l'ensemble des instances en cours auxquels il est partie.

Cette communication doit être faite par le biais d'informations précises qui sont visées expressément sous l'article R622-5 du code de commerce, **et qui doivent être communiquées au plus tard dans les 8 jours de l'ouverture de la procédure collective, ce qui est extrêmement bref.**

Toutefois, le mandataire judiciaire doit prouver qu'il y a effectivement une mauvaise foi de la part du dirigeant, sans quoi il n'y a pas matière à prononcer l'interdiction de gérer à l'encontre du dirigeant à ce titre.

Il appartient au mandataire judiciaire de démontrer que l'obligation de renseignement n'a pas été effectuée, mais il lui appartient également de caractériser la mauvaise foi, et enfin de démontrer que l'absence de coopération des organes de la procédure a nui à son bon déroulement.

Il est vrai qu'une bonne exécution des missions du mandataire liquidateur passe par une coopération du dirigeant.

Il n'en demeure pas moins que ce dernier, lorsqu'il souhaite engager la responsabilité du dirigeant, ne peut le faire que par simple voie de présomption, et il doit procéder à un certain nombre de démonstrations, sans pouvoir se contenter de simples supputations.

Cette démonstration est importante ceci d'autant plus qu'il n'est pas rare de constater que le chef d'entreprise qui fait preuve de diligence dans les premiers temps de l'ouverture de la procédure collective, finisse par disparaitre, vu parfois le long déroulement de la procédure, et la précarité qui peut frapper le dirigeant, qui parfois même déménage,

Il serait alors de mauvais ton que ce dernier voit sa responsabilité engagée au titre qu'il aurait été défaillant, sans même s'assurer que le mandataire judiciaire l'ai sollicité vaillamment pour obtenir ces documents.

Il convient de rappeler que la loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008, sont venues modifier en profondeur le régime de l'entreprise en difficulté.

De l'esprit même du législateur, le dirigeant n'est plus nécessairement de mauvaise foi et n'est pas présumé l'être dans ces temps économiques particulièrement troublés.

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés

Le fait de faire faillite n’est pas le fruit d’une organisation d’insolvabilité ou d’une mauvaise foi patente.

Il appartient au mandataire judiciaire de démontrer les erreurs qui ont été commises, l’auraient été de mauvaise foi et qu’elles auraient impacté le bon déroulement de la procédure collective.

Il appartient donc au dirigeant de se défendre afin de contester des allégations qui sont bien souvent le fruit de présomptions plus que de véritables démonstrations et ce afin d’éviter les affres d’une interdiction de gérer et plus particulièrement d’une faillite personnelle qui a pour effet pervers dans certain cas de permettre la reprise des poursuites individuelles de certain des créanciers.

Copyright © 2024 Légavox.fr - Tous droits réservés